

スイス親子法に関する一九七四年連邦参事会草案

——その二、改正の基本理念および総則規定（試訳）

松 倉 耕 作

訳者はしがき

一 邦訳対象 本稿は、標題に示されるごとく、スイスの新親子法に関する連邦参事会草案の邦訳を目的とする（同草案がそのまま改正法案となる）。スイスの連邦法については、草案テキストとともに、かなり詳細な草案「解説書」が公表せられるのが常である。本邦訳の原典である親子法のそれは、ドイツ語（ドイツ語のほか、フランス語、イタリア語の三ヶ国語で公表されている。筆者はこれらすべてを私有する）では、*Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kinderverhältnis) vom 5. Juni 1974* と呼ばれる（右日附は、連邦参事会で承認された日附を意味する。印刷物として一般に公表されるのは、右日附より三ないし四ヵ月後であるのを通例とする）。右タイトルからも明らかなように、本資料は、連邦参事会から連邦議会への報告書としての意味をもつ（議会審議のさいの最重要資料の一つである）。立法者の意思を知う上で、唯一の公式立法資料である。それゆえ、立法資料のなかでも、最重要資料に属する。

二 邦訳対象とする部分 本稿の後部に添付した「目次」からも明らかなように、本「解説書」は、総論と各論から成る。本稿で扱うのは、草案の基本理念が述べられる「総論」と、「各論」のうち、親子法総則部分の解説にかざられる。限定したのは、左の理由による。①各論中の「親子関係の効力」部分は、後掲することく、すでに筆者自身が訳出済みであり、②各論中の「親子関係の発生」についても、「総則」部分以外は、すでに紹介済みである。未訳部分である「嫡出推定」および「裁判認知」の部分は、後掲する邦語文献により充分その内容を知りうるので、今後も同部分を訳出する予定はない。

三 邦訳理由 原典公表後十年近くたった今日、「解説書」を邦訳するには、それなりの理由がある。結論のみ列挙すれば、①解説書はスイス親子法に関する最重要立法資料である、②邦訳当時においても、親子法全般に関する解説書は、ヘグナウアー教授の「親子法概説」のみしかみられない、③改正後の解釈にさいしても、解説書の価値が高い、④筆者自身、スイス親子法および同家族法に関する概説書の執筆を予定しており、その準備作業としても、右解説書を訳出する必要がある、などの理由による。

四 参考邦語文献 スイス親子法施行以降、筆者は、改正「親子法」の内容紹介およびその立法過程の紹介をつづけている。そのうち親子法に関する主要文献は、左のごとくである。本稿と合わせてお読みいただければ幸いである（公表順）。

- ① 松倉耕作「改正スイス親子法（仮訳）」本誌二巻三号、七八年。条文訳。
- ② 同「スイス親子法に関する二つの連邦参事会令——『養子縁組仲介に関する命令』および『養育子の養育開始に関する命令』（仮訳）」本誌二巻四号、七九年。後者の連邦令の内容は、後掲⑦文献で紹介される。
- ③ 同「スイス改正認知法」本誌三巻三号、七九年。
- ④ 同「スイス親子法——嫡出推定規定の展開」千倉書房、八〇年。

⑤ 同「スイス親子法に関する一九七四年連邦参事会法案——親子関係の効力」本誌四卷一号、八〇年。本稿邦訳の後半部分の邦訳。

⑥ 同「スイス裁判認知法」本誌四卷三号、四卷四号、八〇—八一年。ただし未完。

⑦ 同「スイス養育開始に関する連邦参事会令——養子縁組に関する特別法の紹介」本誌七卷三二四号、八四年。表題に示される親子法特別法の紹介。

⑧ その他、簡潔性を好まれる方には、拙稿「改正スイス法における親子関係の発生」判例タイムズ四〇三号、八〇年、拙稿「改正スイス法における親子関係の効力」判例タイムズ四三七号、八一年、拙稿「スイス新養子法の概要」判例タイムズ四九三号、八三年、などを参照されたい。

五 訳文について 邦訳にさいして、左記方法をとった。

① キック印 訳文中キック印内の文言は、原典にはみられないが筆者が補足した部分である。ただし、マルカッコ内の文言は、原典に存在する。

② 改行 改行も原典に従った。原典での改行が少ないために読みづらい面はないが、原典と訳文とを比較対照される場合を考慮すれば、そうする方が読者に親切かと考えたからである。

③ 原典頁数 たとえば、△原典17頁△とあるのは、そこから原典17頁が始まるとの趣旨である。もっとも、文章の切れ目の関係上、一行程度のズレのあることが少なくない。

④ 邦訳原典 原典はドイツ語版による。ときにフランス語版をも参照した。原典頁数は、各版でかなりのズレがある。

⑤ 条文 条文には、ドイツ語テキストのみを添えた。その理由は、①日本の研究者が原典を入手することが困難であり、②改正条文との違いを知る必要がある、ゆえである。

⑥ 原典脚注 原典では、脚注は文字どおり同一頁の脚部に印刷されているが、本稿では、印刷の都合上、「本文」訳のうしろに一括して訳出した。

⑦ 各種団体名 これも訳出すればよいのであろうが、団体の同一性を知るには原語のまま示す方が、読書に親切かと思われ、あえて原語のままにしておいた。

⑧ 原語の挿入 独語に加えて仏語をも添えた。双方添える方が、原意の理解を助けられるからである。

⑨ 条文の欄外テキスト これについては、条文部分（後述）でお断わりしている。

《邦 訳》

《原典1頁》 スイス民法典（親子関係）の改正に関する、連邦参事会から連邦議会への報告（一九七四年六月五日附）敬愛する議長、

信愛なる議員諸兄、

我々は、本報告により、嫡出親子関係および非嫡出親子関係（養子縁組に関する二六四条—二六九条cを除く。これら条項は、一九七二年六月三〇日附連邦法により、すでに改正済みである）に関する民法典二五二条ないし三二七条を改正する草案〔テキスト〕と、それに関する解説とを、議員諸兄に提示するものである。

1 梗概

改正の主たる目的は、非嫡出子とその母の法的地位を改善することにある。その他に、草案はまた、嫡出親子法に

についても重要な改正(子の福祉の向上および父と母との同権の実現を中心とする)をめざしている。親子法を全面改正する結果、民法第七節と第八節との再編成が必要となった(草案Ⅰ(参照))。すなわち、「嫡出親子関係」および「非嫡出親子関係」という伝統的な用語法に代えて、親子関係の発生とその効力とで節を分けることにした。さらに、その他の民法規定の改正(草案Ⅰ²)および三つの「連邦」特別法、すなわち BG über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechtes, BG betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalt, BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (以下三つを)草案Ⅱ(参照)の改正も必要である。

《原典2頁》 2 総論

21 前史

211 専門委員会の作業

一九七一年五月一二日附の報告⁽²⁾において、連邦参事会が提案しているごとく、家族法は段階的に改正されるべきである。その第一段階は、「すでに」民法典(養子法および三二一条)の改正に関する一九七二年六月三〇日附連邦法(一九七三年四月一日施行)により改正が実現された。第二段階の「改正」対象は、非嫡出子法およびその他の親子法の改正である。この目的のために、一九六八年末に設置せられた、家族法改正のための専門委員会が改正作業に着手していた。「委員会での」当初メンバーは、調停委員 Max Brand (ベルン(出身。以下同様))、その順に、弁護士 Hans Schürer 博士(ツェーリド)、弁護士 Theo Kündig 博士(ツーク)へと交替、FOV書記官 Blaise Bühler (ロザンヌ)、これは、その二、元少年刑事局長 Maurice Veillard 博士(ロザンヌ)と交替、ついに、地裁判事 Aimée Graber (ロザンヌ)、これは、弁護士 Emma Kammacher (ジュネーヴ)と交替、「など」である。委員会では、全員

委員会と二つの小委員会とで一五会期にわたり、親子法の改正について論議された。国際法についての規定は、小委員会により「親子法とは」別個に予備草案が起草された。「われわれ」連邦参事会は、「草案テキストは」専門委員会草案を、*さらに*報告は Cyril Hegnauer 教授 (ツューリヒ) (出身) の手になる専門委員会最終報告書を基礎として、本報告を書きあげた。その専門委員会は、婚姻法改正のための審議を始めている。

これまでの準備作業として、一九六二年六月一三日附および一九六五年六月二八日附の、Grossen 教授を委員長とする家族法研究委員会の報告と予備草案⁽⁴⁾、および各種団体等の改正意見集⁽⁵⁾が存在し、専門委員会は、これらを審議の下じきとした。専門委員会での審議の開始前および審議中にも、親子法改正問題が論じられてきた。「たとえば」一九六五年にザンクトガレンで開催されたスイス法曹大会では、非嫡出親子関係の改正が論じられ⁽⁶⁾、die Schweizerische Gemeinnützige Gesellschaft は、一九七〇年の総会で、養子縁組法のほかに、非嫡出子法の改正をも討議⁽⁷⁾した。die Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder は、一九七一年に新親子法の方角づけをとりあげた。

《原典三頁》一九七二年四月には、der Internationale Sozialdienst der Schweiz、財団法人 Pro Juventute、der Schweizerische Berufsverband der Sozialarbeiter、die Schweizerische Landeskongferenz für Sozialwesen、die Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder *をふくめて*、die Vormundschaftsdirektoren-Konferenz [などの各種団体] がベルンで合同会議を開催し、そこでは、専門委員会から公表されていた第三次予備草案の内容が示され、これをもとに詳細なグループ討論がなされた⁽⁸⁾。この会議で提示された批判および修正提案は、それにつづく専門委員会での審議において、かなり注目されたのである。扶養義務の新親子法への適合については、一九七二年の夏と秋に開かれたカントン社会保護局会議において、詳細な意見交換が行われた。最後に、der Bund Schweizerischer Frauenorganisationen でもまた、一九七三年五月開催の年次総会において、親子法の改正問題がとりあげられたのである。さらに、比較的最近の法律文献では、諸々の改正問題がとり扱われている⁽⁹⁾。

212 家族法研究委員会の提案

家族法改正委員会(Studienkommission)は、「前述した」一九六二年および一九六五年の「報告」において、つぎの結論に達していた。すなわち、「今回の」改正は、非嫡出子法(民法第七節)のうち、法律観の変化や実務上の経験を踏まえて、是非とも必要とされる若干規定の改正にとどめるべきである⁽⁹⁾と。

家族法研究委員会は、左記の諸提案をなす。父性確定訴訟(Vaterschaftsprozess, action en paternité)になつて、「父として訴えられた」被告「男性」がなす免責証明(民三二四條二項)を、「現行法より」難かしくすべし。懐胎期間中に被告「が子の母と」同衾したという証明があれば、これまでと同様に、父性推定の基礎とされるべきである。

《原典4頁》しかし、右の父性推定を排除するには、これまでのような母の複数交渉の証明で、父性についての著しい疑いを認めるべきではなく、被告男性は、自己の父性の不存在または高度の非蓋然性を証明しなければならぬものとすべきである。母の不行跡(unzüchtiger Lebenswandel, inconduite)との事実だけでは、もはや訴え棄却を帰結すべきではない。とすれば、民法三一五條は削除されるべきであろう。通常の出訴期間を二年に伸長すること(民三〇八條)、および——出生時の住所地で、および出訴時点での被告の住所地で裁判管轄(民三二二條)のほかに——出生地での裁判管轄という第三のそれを認めることにより、原告側をして、父性確定訴訟の訴え提起を容易にすることに役立つばかりでなく、たんなる訴訟上の便宜だけを理由とする、原告に対する不当な障害を可能なかぎり除却することにも役立であろう。補充的に民法三一〇條では、裁判官の自由心証主義を規定することとし、父性確定の訴えの認容または棄却を導く、事実考慮のための証拠手段としての宣誓に代わる宣誓を規定すべきではない。最後に、訴訟手続において、父子鑑定を必要とすべき場合には、「それに必要な」医学的検査を受けるべき旨の、連邦法

上の〔受忍〕義務が法定された。非嫡出子のその父母に対する法律関係につき、最も重要な改正点は、争いある場合に、連邦裁判所へ上告できるような、親権行使を求める請求権を認めたことである。すなわち、後見人の選任が子の福祉上好のましくない場合、または、——父子関係の発生を目的とする裁判認知の場合に——父の親権下におくべきではないときは、後見官庁は、母を親権者とすべきである、と。非嫡出母は親権を行使する能力を有しないとの法律上の推定(民三二一条)は、子に対する母の責任感情を強くする必要があることを考慮にいれると、廃止されるべきであろう。右に関連して、非嫡出母や、法律上の親子関係のある非嫡出父には、その親権下にいない子と、相当な面接交通をなす権利が認められてしかるべきであろう。

父との身分関係が創設されていない子は、従前どおり、母の生来の氏(民三四条一項)ではなく、母と同じ氏を称すべきである。

相続法の面では、非嫡出子は、民法施行以来、母方の親族に対しては、嫡出子と等置されている(民四六一条一項)。しかし、子が認知または裁判官の判決によって、父の〔子との〕身分を取得したときは(民四六一条二項)、父方の親族に対しても相続権がある。嫡出直系卑属と競合するときは、非嫡出子は、嫡出子の相続分の二分の一を相続するにすぎない。相続法における、非嫡出子の右不利益は、削除されるべきであり、このためには、民法四六一条三項が削除されるべきである。

さらに、非嫡出父から母および子への金銭給付は、家族法研究委員会の予備草案〔の提案〕に従って、若干高められた。〔すなわち〕父は、母の扶養(民三一七条。従来のごとく子の出生後四週間ではなく八週間)、および子の扶養(修業期間が延長されていればそれまでの扶養)を一八歳まで(民三一九条)に代えて二〇歳まで、支弁するべきである。《原典

5頁》この金額をより容易に取得させるために、婚姻法の先例(民一七一条)に従って、裁判官は、父の債務者をして、その債務の弁済を母に給付すべき義務を負わせることができる旨の規定(新三二七条bis)が新設された。

民法第七節の嫡出親子関係に関して、家族法改正研究委員会は、ごくわずかの改正を提案していたにすぎない。¹¹⁾ 民法二五三条においては、子自身による嫡出否認権が明示され、しかもこの訴えについては、原告の住所地の裁判官が管轄権を有するものとされた。民法二七二条二項では、後見官庁は、両親をして一定の要件の下で、子を扶養および教育するために、子の財産をある一定額費消することを許すことができる旨が規定されているが、「同項の適用範囲は」余りにも狭いと思われ、相応に拡げられた。すなわち、父母は、未成年者の財産を、そうすることが必要と証明されたかぎり、子の扶養、教育、修業のために費消することができる。すでに「予備草案公表」当時にも、父母の意見が一致しない場合に、教育についての、父の単独決定 (Stichentscheid, pouvoir de décision) 規定 (民二七四条二項) を、是非とも削除すべき旨が主張されていた。その他、委員会「の改正提案」は、左の点に限られていた。すなわち、父母の懲戒権に関する民法二七八条において、《Züchtigungsmittel》の語を《Strafen》の語に代え、さらに、子の監護のための要件として、民法二八四条にしたがって、子の著しい危険を規定すべく主張していた。

意見徴集手続 (Vernehmlassungsverfahren, procédure de consultation) および一九六五年のスイス法曹大会での審議において、さらには、家族法改正委員会の報告に対する種々の公表意見では、家族法改正委員会の「提案の」殆どに賛成する意見が圧倒的であった。しかし、それ以外の領域では、親子法の改正および補充を提案する意見も多くみられた。この結果をみれば、家族法改正委員会の提案するとき一部改正では不十分であり、拡大専門委員会が提案することく、親子法の全域にわたり、より包括的な検討と再構成の要あることを示していると思われる。連邦参事会も、すでに述べたごとく、専門委員会の提案に与して、全面改正案に賛同する。

221 子がおかれている社会的状況

父母の「果たすべき」役割は、子を出産したことで終わるものではない。子はその出生後幾年にもわたり、父母の助力を頼りとしている。父母というものは、子が独立した、自己責任を負いうる人間になるまで育てるべき任務を負うものである。しかもこの任務は、父または母にではなく、父母双方に課せられている。子は、父と母とを必要とする。父母各自は、その責任において、子のために尽力すべき義務を負っている。父母は、「子を」扶助し「不足を」補充し、かつ子を代理する。父母の子に対する関係での右協同は、婚姻中を通じてつづく継続的原理であり、かつ子供にとつての確呼たる抛り処でもある。▲原典6頁▽ それゆえ、家庭というものの存在は、教育共同体として重要な存在意義を有するのである。⁽¹²⁾

しかし、すべての子とその父の共同体のもとで生育するわけではない。子の幼ないうちに、父または母もしくは父母の双方を失なう子もいる。ところが、もっと多いのは、父母は生きているのだが、父母との共同生活を営んでいない子の数の方である。婚外出生子および「父母が」離婚した子 (Scheidungskinder, enfants de parents divorcés) がそれである。婚外出生子、すなわち一〇〇〇人の出生子中婚外出生子の数は、最近一〇〇年間のスイス全土〔の統計〕では、四〇である (最高は一八七一—七五年の四九、最低は一九四三—四四年の三二。〔ちなみに〕一九六二年は四四、一九七一年は三七である)。

最近十カ年の連邦レヴェルの統計は、左のごとくである。⁽¹³⁾

その父母が離婚した未成年子の数は、かなり多くかつ確実に増加してきている。次頁の数値はその絶対数を示している。⁽¹⁴⁾

▲原典7頁▽ 右の結果、婚外出生子と父母が離婚した子の双方をあわせると、未成年子のおよそ一〇パーセントを占める。

両グループの精神のおよび社会的状況は、つぎの点で異なる。すなわち、父母が離婚した子、および離婚せずに共同の世帯を廃止してはいるが婚姻関係が存続している父母の子は、少くともしばらくの間は父母双方と暮した経験を有するのが通例であり、それゆえ父母双方との間に、離婚ないし事実上の離婚があっても存続する密接な結びつきをもっている。これに対して婚外出生子にあつては、その父を個人的に知っていることは、比較的稀である。また、婚外出生子は、望まれて生まれたのではない場合が多い。同様のことは、不本意なまま締結された婚姻 (Muss-Ehe, *marriage qu'il a fallu conclure*) から出生した嫡出子についてもあてはまる。これに反して、夫婦共同体の解消のときから、父母が離婚した子は、父母双方共同監護の下では生育せず、父母の一方(通例は母)の下で、または第三者の

表 1

年度	生きて生まれた子		
	婚内出生子	婚外出生子	合 計
1963	105, 448	4, 544	109, 992
1964	108, 157	4, 733	112, 890
1965	107, 447	4, 358	111, 835
1966	105, 527	4, 211	109, 738
1967	103, 276	4, 141	107, 417
1968	101, 096	4, 034	106, 130
1969	98, 649	3, 871	102, 520
1970	95, 470	3, 746	99, 216
1971	92, 677	3, 584	96, 261
1972	87, 942	3, 400	91, 342
1973	84, 187	3, 331	87, 518

表 2

年度	父母が離婚した子
1963	5, 120
1964	5, 258
1965	5, 261
1966	5, 431
1967	5, 446
1968	6, 143
1969	6, 482
1970	6, 985
1971	7, 659
1972	8, 090
1973	8, 307

下で生育するとの点では、婚外出生子〔の置かれる状況〕と共通する。⁽¹⁸⁾ 婚外出生子と父母が離婚した子は、家庭がないとの点では孤児と共通する。それゆえにこれらの子は、社会的孤児と呼ばれることがある。しかし、これらの子と本来いう孤児とは、つぎの点で異なる。すなわち、父母との精神的関係が悪くないのを通例とする。ところが、婚外出生子の父母や離婚した父母は、憎しみあっているか、または子との関係に好のましからざる影響を及ぼしていることに無関心であることが少なくない。

父母が離婚した子の場合よりも、婚外出生子の場合の方が、右のような家庭のないことから、より深刻な不利益を受けるものである。家庭を欠いているということが、健全な家庭で暮らしている子にはない精神的発展面への障害を惹き起こすことが多い。社会的孤児は、共同体や学校で、さらに成長してからの職業や婚姻生活では、きわめて重大な困難にでくわすことが多い。⁽¹⁹⁾

222 親子法の課題

婚姻という父母の結びつきは、教育上の配慮をなす共同体 (*Erziehungsgemeinschaft, communauté chargée de pour voir à l'éducation*) たることを中心課題とする。右共同体での父母の子に対する責任は、殆ど風俗に従って行われており、法的決定を必要とするのは、きわめてわずかな領域にすぎない。⁽²⁰⁾ ▲原典8頁▼ とりわけ、母と父の「子に対する」権能の限界づけ、父母に対する子の地位が、さらに特別な場合には、夫が子の父と推定されるべきかどうかの問題〔など〕が、法的に決定すべき「重要」問題である。

社会的孤児をいかに位置づけるかという法の課題は、〔他の場合よりも〕一層重要である。右課題には、つぎの二つの基本的側面がある。すなわち、婚姻関係にない、または婚姻関係のない父母に対する親子関係の法的基礎づけお

表 3

年 度	婚 姻 数	〔婚姻時に〕 子のある夫婦の数	準正子
1963	43,946	1,525	1,636
1964	44,172	1,549	1,685
1965	45,082	1,523	1,676
1966	44,266	1,490	1,634
1967	45,269	1,385	1,559
1968	45,711	1,349	1,476
1969	46,886	1,379	1,500
1970	46,693	1,333	1,433
1971	44,881	1,329	1,447
1972	43,081	1,261	1,413
1973	40,768	1,295	1,410

よびその形成、家庭のないことという社会的根本問題〔の扱い〕。後者の問題は、法律の力によつては満足のいく解決を望みえない。立法によつて、父母が離婚した子や婚外出生子に対して、父母のいる家庭 (elterliche Familie, famille) を与えることはできるものではない。しかし、家庭のないこと〔から生じる弊害〕をできるだけ和らげ、かつ克服することを、立法により寄与することはできる。そのようなものの一つが、事後婚姻による準正〔の制度〕である。この制度は、一八七四年憲法の五四条五項により、全スイスレヴェルで承認されており、婚外出生子の三分の一強が準正子である。⁽¹⁸⁾

連邦レヴェルでの統計によると、左のごとくである。⁽¹⁹⁾

準正時点〔での子の年齢〕は、〔準正〕子の丁度五七パーセントが一歳未満、一八パーセントが一歳、一七パーセントが二歳―四歳、八パーセントが五歳以上である。

さらに、一九七二年六月三〇日付の新養子法により、根本的な改革が実施された。すなわち同法は、家庭のない子の、養育父母の家庭への法的に完全な組入れ、または――継子にあつては――他方父母の新家庭への組入れを可能にした。養子法の草案では、〔将来の〕親子法の改正に備えて、扶養義務、親権、氏変更にさいして、継子や養育子〔の存在〕を考慮していた(二七八条二項、二九四条、二九九条、三〇〇条、三〇七条二

項・三項、三二〇条一項・三項、三一五条二項、三〇条二項三号・四号)。

《原典9頁》さらに「同」草案は、扶養法の

一部改正を通じて、家庭のない子の経済的困窮を緩和しようとする(二八〇条以下、二九〇条以下)。しかし、これを充分に達成するには、私法上限界がある。扶養、健康に関する配慮、修業〔など〕の問題における、婚外出生子および父母が離婚した子の社会的安全をおびやかす種々の侵害に対しては、ゲマインヴェーゼン(Gemeinwesen, collectivités publiques)のなす、目的を意識した社会政策的手段によってのみ対処することができる。かかる手段は、たんに子自身だけでなく、社会的利益ともなる。⁽²⁰⁾

ところで、最初の課題——父母に対する関係の規律——に関して法は、離婚にあつては、子に対する監護〔権〕の分配、および父母の一方の「子に対する」権利義務の存続に制限している(民一五六条、一五七条)。その他の子の法的地位には、現行法と同様に、なんら触れられていない。父母の離婚は、子との親子関係に、およびそれに関連する法的効果には、なんらの影響も及ぼさない。離婚した父母と子との関係については、合目的な、すなわち子の福祉をめざす秩序づけを唯一の基本原理とする。父母の離婚があつても、いかなる場合にも、子はこれにより法律上の不利益を受けるべきではない。

しかし、婚外出生子に関する規定は、右に述べたところとは、まったく異なる。

223 親子法における嫡出、非嫡出の意義

223・1 伝統理論により区別する意義

嫡出と非嫡出は、スイスの法伝統においては、親子法の基本的な区別の標識である。この標識は、法的カテゴリの、たとえば、自然人の概念と法人のそれ、または不動産所有権と動産所有権との境界を定めることにのみ役立つの

ではない。むしろ、嫡出と非嫡出との区別は、価値あるものとしからざるもの (Wert und Unwert, jugement de valeur) を識別させることに役立つ。嫡出とは、秩序に適合したものをいい、非嫡出とは、逆に秩序の否定、すなわち、秩序に適合していないものをいう。このような評価は、宗教、倫理、心理学、社会学「など」において、深く根づいている。その結果、嫡出と非嫡出とは、宿命的な、殆ど神話に近い、不合理な概念となった。それゆえ、非嫡出子は、法秩序においては、原則として嫡出子に遅れるものと扱われてきた。さらに、家庭「の保護」を強化しようとする意識が、そのような方向づけを強化してきた。

しかし、非嫡出子「自身」は、自己の懐胎事情につき罪があるわけではなく、その人間的価値評価において、嫡出子のそれに劣るということもない。このような見解が、長い年月の経過とともに、多方面にわたり、かつ強い抵抗に對し、序々にではあるが、道を切り拓いてきたのである。▲原典10頁▼ 非嫡出子の「法的」地位の改善は、これまで二つの平面で実現されてきた。「すなわち」一方の平面では、嫡出の枠がきわめて広げられ、嫡出の否認は、きわめて限定的にのみ許され、さらには、事後婚姻による嫡出宣言、および官庁の行為によるそれによって、または後日の養子縁組による、嫡出への途が非嫡出子にも開かれた。他の平面では、一般的要件またはある一定の要件の下で、非嫡出子に、嫡出子「と同様」の権利が是認された。一五世紀の終り頃には、裁判所を通じての、父性の追究、父性の確定、法律効果の承認「といった問題」が論じられるようになった。当初は、母と子への金銭給付に限られていたが、のちには、いろいろの形で、民事身分の効果が論じられるようになった。⁽²⁾ 非嫡出子の地位改善に根本的な推進力をもったのは、啓蒙時代以降に始まる。「すなわち」一七八三年にパスタロッツは、『立法と子殺しについて』と題する衝撃的な論文において、非嫡出母とその子供の悲惨さを述べ、これについての社会および国家の責任を暴いたのである。彼いわく、

子を教育し扶養するにあたり、母親が父にすぎり、わずかばかりの施しを受けるにすぎない右の関係から、完全かつ継続的

に利益を享受することは、人間性にとって、必要不可欠であることは明らかである。自然は、本能を満足させながら自らを再生産し続けている全ての人間に、父の義務と母のそれとを課した。風俗と法律は、婚姻生活において右の義務を神聖なものと位置づけている。「しかし」未婚の父母にあっては、右の義務はさほどには神聖とは扱われていない。国家は、自然が母と子のために父に課した広汎な義務を彼から免除してはならない、また、これらのために、効果的な償いを示すべきである。右の償いは、若い娘にとっては、その母たる身分が心を傷けることになったり、子が負担となったりするということによって、妨げてはならない。国家にとっては、子が正當に教育されないとかざりにおいてのみ、非嫡出子（*non-legitimatus*）が損害である。人間性との観点よりすれば、子が正當に教育されている場合には、非嫡出子（*non-legitimatus*）は、明らかに利益である。子の父や母にとっては、子を心から愛することができる場合には、非嫡出子（*non-legitimatus*）の存在は、父母の人間性のきずであり、改善する手段である。

一九世紀になると、嫡出と非嫡出の区別は、家族法や相続法において重要な例外はあったにせよ、私法においても原則的に排除されてきた。⁽²³⁾一八三一年のカントン・ルツェルン民法典一〇三条がその典型例である。すなわち――

① 非嫡出子の地位により、いかなる不名誉（*Schandfleck, infamant*）をもうけることはない。非嫡出子は、すべての他の市民と同等の、民事上および政治上の権利を享ける。

② 非嫡出子は、その父の家族（*Famille, famille*）にも母のそれにも属せず、これら家族に対しては、親族関係を基礎とする権利を主張することはできない。^{*}これに対して、非嫡出子は、婚姻により、自己の家族を創ることができ、さらに法律の認める親族関係を創設することができる。（筆者注、^{*}印の部分は、原文ではゼミコロンである。）

▲原典11頁▼ 遺言能力を例外とすれば、非嫡出親子関係の場合ほど、カントン間でその規則の多様な領域は、他の私法領域ではみられない。⁽²³⁾「いったん父子関係が発生すれば」父との関係の効力については、民法典をしのぐカントン法も存在したが、父子関係の発生については、ごく少数の子のみが救われるような、きわめて厳格な要件を要求するのが通例であった。ノイエンブルク、ヴァート、テッシン、「などの諸カントン」では、「当時の」フランス民

法典に従って、父性確定訴訟 (Vaterschaftsklage, action en paternité) がまったく許されなかった。チューリヒ、ツルガウ、シャウハウゼン、ツーク、オブヴァルデン、ゾロツウェルン、ルツツェルン、アールガウ、〔などの諸カントン〕では、既婚男性に対する父性確定訴訟が許されなかった。アールガウ、ベルン、フライブルク、〔などの諸カントン〕では、父性確定訴訟は、子の出生前になす妊娠の届出を要件としていた。オブヴァルデン、ニトヴァルデン、ルツツェルン、アールガウ、〔などの諸カントン〕では、子は、母の家族へは登録さえできなかった。相続権に関する規則も、右と同様に多様であった。母方および父方に対する相続権が、法的に嫡出子と完全同等に至るまでは、相続権の完全排除、そのごのきわめて多様な段階、という段階的發展を経験してきている。

223・2 民法典における非嫡出子の法的地位

〔一九〇七年〕民法は、嫡出および非嫡出という伝統的区別を維持した。〔すなわち〕第七節 (民二五二条—三〇一条) で嫡出親子関係を、第八節 (民三〇二条—三二七条) で非嫡出親子関係を規定している。第八節の領域において、〔一九〇七年〕新法は、重要な改善を行った。主要な例を示せば、左のごとくである。

—父性確定訴訟の一般的許容 (民三〇七条以下)、

—出訴期間の延長 (民三〇八条)、

—子への訴権付与と補佐人の選任 (民三〇七条・三一一条)、

—被告〔男性〕の恣意を抑える土地管轄 (民三二二条)、

—訴棄却理由の、および訴却下理由の制限 (民三二四条—三二五条、三二〇条)、

—扶養義務の、内容および存続期間の拡大 (民三二九条—三三二条)、

—母方親族関係における、非嫡出子の嫡出子との等置、および母の親権下に子を置く可能性 (〔の承認〕 (民三三四

条)、

―父との親子関係を、認知または判決により発生させる可能性〔を承認し〕、そこにおいて、嫡出親子関係を広く認め、かつ父への親権を許容する余地の承認(民三〇三条、三二三条、三二五条)。

《原典12頁》 比較的初期の法律状態における、かような注目すべき進展〔のあったとの事実〕は、非嫡出子の法的冷遇を〔できるだけ〕克服しようとした立法者の〔強い〕意思の証である。〔立法者〕Eugen Huber は、民法典に関する予備草案の解説書の中で、つぎのように著している。⁽²³⁾ すなわち――

我々が非嫡で生まれた子の権利能力を否定せず、民事社会で、かかる子を、完全能力者として認めようとするならば、嫡出子 (natürliche Abstammung, filiation naturelle) に相当する法的地位を拒絶することはできない。さらに、非嫡出子が、その出生につき社会的に重大な不利益を負うならば、我々は、自然の血統の承認を非嫡出子については拒絶するということにより、非嫡出子を法秩序において、今後もより強く冷遇することは、理性的な立法政策とも抵触する。〔一方で〕一般的に、非嫡出子に平等の権利を与えるが、〔他方で〕血族関係の結びつきを認めないことは、明らかに矛盾している。しかし、右理由から〔ただちに〕同権を帰結することはできない。同権の制限は、非嫡出生という事実ではなく、他の考慮、とくに適法に成立している婚姻やその子の保護という考慮からのみ、それを是認することができる。

223.3 親子法改正の必要性

〔統一〕民法典は、親子法において左の秩序づけを実現した。すなわち、かつてのカントン法や〔民法典制定〕当時の外国法に比べて、内容的に進歩的であるばかりでなく、規則の自由な形成を認めることにより、学説判例による合目的な発展をめざしていた。ところが、民法典制定以降、二つの世界大戦を経るうちに、著しい社会的かつ精神的変化がもたらされた。この変化は、家族および家族秩序に関する考え方にも著しい影響を及ぼした。それ以降

は、民法典の大幅な改正を必要とするとの意識が一般化してきたので、今世紀初頭の民法典制定当時には、当然かつ誰も争わないと考えられた規則が、それ以降の「社会」発展に基づいて、凌駕されたと思われる。

まず第一に、非嫡出親子関係についての第八節は、「民法施行の」早い段階から、批判および改正提案が提示されてきた。とくに、婚姻秩序に反する出生子との間での身分関係発生を伴う認知の禁止（民三〇四条）、父性確定訴訟（民三二条二項、三二五条）に対する批判、のちにはさらに、右訴えの方法および非嫡出母やその子の地位（など）がその対象とされた。すでに一九三六年に August Egger は、彼の手になる親子法のコンメンタールの Einleitung において、つぎの見解を明らかにしていた。すなわち、非嫡出子関係についての諸規定は、その後の「社会」発展により、改正の必要がある⁽²⁶⁾。と。die Schweizerische Vereinigung der Amtsvormünder も、一九三六年、一九五一年、一九六六年「の三度にわたり」、父性確定訴訟の欠陥を指摘し、「若干の」改正を提案している。その他に、Bund Schweizerische Frauenvereine (1954, 1958), die Sozialdemokratischen Frauengruppe (1956), Verband Pro Familia (1956)「など」からも、批判が寄せられた。《原典13頁》そしてついには、非嫡出子法の改正は、下院での一連の改正提案の対象とせられるまでになったのである。すなわち、一九二六年六月一日附（登録日附）の Oprecht（提案）、一九五〇年一〇月五日附第五九五一号（一九五二年二月一日登録）Roten（提案）、一九五五年九月二〇日附第六六二〇号 Grendelmeier（提案）、一九五五年九月二〇日附第六九二〇号 Huber（提案）、一九五六年六月四日附第七四五二号 Gittermann（提案）、一九六六年六月二三日附第九二〇四号 Hayoz（提案）「などがその例である」。

他面において、法運用の経験と学説の研究の結果、嫡出親子関係に関する法も、改正の必要がある旨が明らかにされた。「たとえば」子からの嫡出否認の可能性、親権における父親の優先決定権（Stichentscheid, pouvoir de décision）、扶養法や子の保護（「の領域での」多くの欠陥や論争、子の財産保護の不十分なこと、「など」を想起された

い。一九四八年九月二四日附(登録日附)第五四六五号 Eggenberger 提案、一九七二年三月一四日附第一〇九八八号 Forel 提案、さらに一九六六年三月二四日附第九二七三号 Jaccottet 提案は、相応な改正を提案している。〔その他〕 Bund Schweizerische Frauenvereine (1960), der Schweizerische Katholische Frauenbund (1960), die Sozialdemokratische Frauengruppe (1969) など die Vereinigung für Kinder- und Frauenschutz (1963) など〕からも、改正提案が表明されている。

2 2 3・4 部分的改正で足りるか

非嫡出子の地位を改善し、「嫡出子との」⁽²⁷⁾ 不平等を除去する必要があるというのが、親子法における改正動向の出発点であった。現行非嫡出子法の若干の規定を改正するという方向での提案が、「当初の」改正目標であった。ところが、諸々考慮してみると、一部改正との方法は、問題があると思われる。当初の改正提案においては、嫡出と非嫡出という二つのカテゴリーを認めたくて、非嫡出子の法律上の冷遇を段階的に除去するとの方向にあった。ところが今日では、なお存在する法的不平等を排除すべきかの点が問題とされるのではなく、区別することが正当か否か、区別するとすれば、どの程度までなら相当といえるか、との点が最大の関心事である。右命題の検討(の必要性)は、たんに法の問題からのみならず、連邦憲法四条の文詞からも直接要求されている。すなわち、出生に基づく特権 (Vorrechte, privilèges) のみならず、非嫡出出生に対する嫡出出生の優先的扱いもまた、同様に除去される〔べきである〕。

2 2 3・5 嫡出と非嫡出との区別を設けることは是認されるか

2 2 3・5 1 父に対する親子関係の確定について

嫡出と非嫡出という伝統的に行われてきた区別は、スイス法の下でも、子の懐胎または出生の時点で、母が婚姻していたか否かということに基づく区別であるにすぎない。とはいえ、この事実、嫡出推定の要件としての意義を有するにすぎない。《原典14頁》すなわち、「子の」母が婚姻していたときには、母の夫が、法律上当然に、子の父と推定される（民二五二条）。これに反して、母が婚姻していなかったときには、法的な意味での父をもたず、〔それをもととすれば〕長びく訴訟〔との方法〕において、父を求めなければならない。⁽²⁹⁾したがって、父母の婚姻の存否が、父との法律上の親子関係を発生させるための、必要かつ不可欠のはたらきをする。しかし、右のはたらきが現行制度において占める中心的な地位にもかかわらず、親子法の形成にとっては、包括的な意義も排他的な意義をも有していない。

223:52 親子関係の効力について

親子関係の認知とその効力とは、血統（Abstammung, descentance）によつてのみ生ずるから、父母の婚姻関係の存否は問題にならない。したがって、親族間の相続権や親族としての扶養義務については、嫡出か非嫡出かの区別は、原則として余り重要性をもたないが、その余の、親子関係に基づく家族法上の効力、たとえば、親権者ないしは面接交渉権の保有主体たりうる能力については、右の区別が意味をもつ。

223:521 母との関係について

右のごとき考え方は、母との関係については、以前より浸潤しており、判りやすい見解である。なぜなら、母との血統は出生〔の事実〕によりただちに生じ、かつ疑問の余地がない。母子関係の発生については、母の婚姻の存否は問題にならない。したがって、古法（im frühesten Recht, droit le plus ancien）よりいわれるごとく、母との関係で

は、私生子 (Kebekind, bâtard) は存在しない⁽³⁰⁾。しかし、そのごは、当然のこととして右原理はかなり制限されてきている⁽³¹⁾。ところがスイス民法典は、親子関係の発生についても効力についても、右の理を完全な形で実現してきた。現行法上、母との関係では、嫡出親子関係が非嫡出親子関係かの区別につき、ごくわずか(氏、市民権、親権)の例外のみみられるにすぎない⁽³²⁾(民三〇二条一項、三三四条)。

223:522 父との関係について

右に比べ、父子関係での展開は、かなりゆっくりしたものであった。非嫡出子は法的意味での父を有せず、父子関係の確定には困難を伴うことも少なくないから、これまで、かなりの躊躇と制限を伴いながら、父およびその親族に対する権利を子に認めてきたのである。《原典15頁V》それだけに、スイス民法典が身分関係発生を伴う裁判認知 (Standesfolge, effets d'état civil) についても、父との関係で、非嫡出子と嫡出子との平等を原則的に達成したことは⁽³³⁾、注目に価する。身分関係の発生を伴う裁判認知に勝訴すれば、嫡出子と同等の親子関係が生じる⁽³⁴⁾(民三二五条、三三六条)。親権(民三二五条三項)と相続権が例外であり、後者では、非嫡出子は、嫡出直系卑属と競合するさいには、その二分の一の相続分をうけるにすぎない旨が定められる(民四六一条三項)。

「民事身分」(Standesfolge, effets d'état civil) の発生は、非嫡出子のすべてに開かれているわけではない。一九〇九年(民法)の立法者は、父性 (Vaterschaft, paternité) が確実である場合にかぎり、家族法上の関係(「の発生」)を認めた。子が任意認知されたとき、または——判決による場合にあっては——父性確定訴訟が認可される要件を満たしていることのほかに、被告(男性)の婚姻の約束(「の存在」)が証明されるか、または母との同衾 (Beiwohnen, cohabitation) が犯罪行為もしくは権利の濫用となる場合(民三〇三条、三二三条一項)には、父性の確実性が存在するものと扱われた⁽³⁵⁾。さらに、不貞や近親相姦で懐胎された子との身分関係の発生を認めないこと(民三〇四条、三二三条

二項)により、婚姻家族 (eheliche Familie, famille légitime) を保護しようとするのが立法者の考えであった。⁽³⁶⁾ 身分関係発生の右要件を満たしていないゆえに、その父との間で家族法上の関係を生ぜしめることができない非嫡出子も少なくなかった。非嫡出子がなんの保護もうけないということがないようにするため、法律は、少くとも子から父に対する扶養料請求をなすことができる途を認めた(民三一九条)。この「いわゆる」「支払いの父」(Zahlvaterschaft, paternité alimentaire)の「制度」は、父性確定訴訟の一般的許容と並んで、非嫡出子「法的地位の改善」のために、重要な進展をもたらしたのである。

ところが今日では、「民事身分の発生を伴う父性確定訴訟と支払いの父との二本建て」(「という制度」)は、種々の批判の対象とされてきた。⁽³⁷⁾ 「すなわち」遺伝学的親子鑑定「技術の進展」により、ある男性の父性の存否に関する確実性ある確定がつぎのごとく改善された。すなわち、任意認知、婚姻の約束、または犯罪行為による同衾「などの事実の存在」⁽³⁸⁾ が、たんなる父性判決の場合よりも、より父性の確実性を推認せしめるとは、もはやいえなくなってきたのである。被告は、「子の」父であるゆえに「扶養料」支払いの義務を負わされた。したがって、「支払いの」法的根拠は、自然の血統である。⁽³⁹⁾ にもかかわらず、法律上の親子関係「の発生」は否認された。つまるところ、法律上の親子関係の発生を前提とするすべての法律効果から除外されたのである。《原典16頁》すなわち、子は、家族法上父を有せず、支払いの父は、子を有しないのである。『生理的な父は、子との関係では異邦人である』。⁽⁴⁰⁾ 「いい換えれば」支払いの父は、彼が子の教育につき全責任を負う意思と能力を有していても、子の親権者にはなることができない。「また」子に対して扶養義務を負うのは、父方の親族ではなく、母とその家族である。父が死亡すれば、その肉親たる子は、その法定相続人とはならず、おそらく「より血縁関係の薄い」遠縁の者または市町村 (Gemeinwesen, collectivité) または、ときには遺言により第三者がこれになることすらある。

もちろん、ときにはつぎのような意見、すなわち、法的に父がないということが、教育についての共同決定から父

を除外し、かつ彼には面接交渉権が認められていないので、子の利益になる、との見解もみられる。しかし、いかなる場合でも、かならず「子の」利益とはいえない。⁽⁴⁴⁾とりわけ、つぎのことが見すごされている。すなわち、父との家族法上の親子関係の承認のさいにも、合目的な規律により、望ましくない父の混入するのを阻止することが可能となる、ということ。

支払いの父と子とは、法律上の親子関係が生じないとの原則は、すべての場合にこれを首尾一貫することは不可能なことである。⁽⁴⁵⁾たとえば、支払いの父「という制度」は、支配的な見解によれば、婚姻障害、証言拒絶権、風俗や家族に対する犯罪行為「を論じる」さいには、親族という事実規程の役割を果たす。ゆえに、家族法上のその他の効力を除外することは、さほど説得力あることとは思えない。

同一の男性がある面では父であるが、他の面では父でないと扱うという克服しがたい矛盾はさておくとして、非嫡出子は、物質的にも精神的にも冷遇されている。なぜなら、法律上の父がいらないことは、「非嫡出」子に対して、いわば一次元の人間との烙印を捺することになるからである。ゆえに、子の自尊心を傷つけ、かつ社会的にそのような烙印を捺することになる。⁽⁴⁶⁾

さらに、父側との関係において、家族法上の効力を認めないことは、婚外性関係を威嚇して止めさせるようしむける働きがある、またはその逆に、右効力を認めることは、右関係を奨励することになる、ともいえない。「いづれにせよ」法的等置によっても、非嫡出子とその母に重くのしかかる社会的不利益を、変えることはできない。

不貞による、および近親相姦による懐胎出生子につき、「父との」身分関係の発生を認めない「との法制」も、説得力ある制度とはいえない。⁽⁴⁷⁾父母の過まちの責を、過まちを消すすべを認めることなく、子に課することになる。また、効力を除外しても、子の自然の血統には何の変化もない。しかも、効力除外によっても、婚姻秩序に反する懐胎の確認に対する憤りを消去することはできず、むしろ法は、「子を保護する必要上」父に対する扶養料請求を当然の

こととして許容している。《原典17頁》婚姻を危険にさらすのは、非嫡出子ではなく、父母の婚外交渉である。⁽⁴⁶⁾さらに、ここで、父と父方の家族が保護され、母および母方の家族に保護が拒否されているのは、不当であると思われる。

〔右につき〕家族法研究委員会は、支払いの父〔の制度〕に関して、つぎのごとく述べていた。⁽⁴⁷⁾すなわち——

制限的責任〔を認める〕にすぎない右のごとき父性〔を認めること〕は、非嫡出子の法的地位の改善に役立つよりも、一般的には不道德を、とくに婚姻上の不道德 (Eheunmoral, immoralité matrimoniale) を促進することになる。それゆえ、自己の宿命につき関わりをもたなかった非嫡出子の人間の尊厳は別として、嫡出子の法的地位に近づけることは、窮極的には、家族の保護にも役立つ。家族保護の擁護者は、反対を恐れすぎではないだろうか。

民法典に関する立法資料によれば、父の婚姻家族が、〔任意〕認知の場合には、不貞による懐胎子〔でも〕家族共同体の中へ入れなければならないかも知れないという恐れは、根拠のあるものではない。なぜなら、父は、法律上当然に親権を取得するのではなく、後見官庁による明示的な親権付与によってのみ、これを取得するからである（民三二五条三項、法案二九八条二項）。父への親権付与は、当然のこととして、個々の事情に応じてなされるから、これが問題となるのは、比較的稀である。しかし、父への親権付与が子の利益に適うことがある。この理は、子が不貞または近親相姦で懐胎せられた場合でも、同様である。たとえば、母が死亡や判断無能力のため、またはなんらかの事情で、子とかかわる意思を有しない場合や、子を教育するのに不適である場合〔など〕で、父が子を教育する意思と能力を有し、彼の妻（おそらくは子を有しないそれ）も、了解している場合⁽⁴⁸⁾を想起されたい。

最後に、禁止は、不貞懐胎子の準正許容とも首尾一貫しない。不貞により破綻した婚姻が解消され、かつ相姦者が婚姻するという期待に、非嫡出子の法的運命を依存せしめることもできない。不貞懐胎子についての右のごとき不統一なとり扱いは、つぎの場合には、まさに婚姻・家族の敵をつくる余地がある。つまり夫は、子に対する責任感か

ら、彼の、いまだ破綻していない婚姻を、離婚に至るよう努力し、そういうことがなければ婚姻生活を続けるであろう妻も、同情から離婚に協力し、さらに、首尾よき婚姻ができる心理的な要件が欠けているにもかかわらず、「子の」実父母が、子のためとの考えだけで婚姻したとすれば、ゆえに禁止は、つぎのごとき二律相反する効果がある。不貞による離婚を認めた妻が、その夫をして、不貞懐胎子の準正を不可能ならしめるが、他面において、妻が不貞を許した場合に、妻が子を禁止に服せしめ、これによりその夫の不貞を償わしめる、という効力が。▲原典18頁▽そこで、フランスの学説では、つぎのように提案されている。不貞懐胎子の準正は、離婚後は許されないが、認知は認められるべし、と。

禁止は、婚姻家族の保護にも役立たない。〔立法者〕Eugen Huber は、民法典に関する予備草案についての解説書の前掲箇所で、このことを、非嫡出子の平等化の限界として要求している。もともと彼は、禁止の踏襲には明示的に反対している。⁽⁶¹⁾その当時の拡大専門委員会では、禁止の採用が提案されていたが、強い反対にあい否決されたのである。⁽⁶²⁾それ以降にも、学説は一致して、禁止に強い拒絶を表明してきた。⁽⁶³⁾非嫡出子とその父との家族法上の効力を認める外国法で「も」、子は、民法以外の領域では他人である。フランスやイタリアでは、法律や判決によって、禁止は「かなり」強く制限されてきている。⁽⁶⁴⁾一九七二年のフランス民法の改正では、近親相姦子については一部禁止が存続された(三三四条の一〇)が、認知された不貞懐胎子は、わずかに相続法上の制限をうけるにすぎない(七五九条―七六四条)。同様に、イタリア家族法の全面改正のための法律草案も、同趣旨の提案をなしている。⁽⁶⁵⁾婚外出生子の法的地位に関するヨーロッパ協定の草案でも、不貞懐胎子についての親子関係の確定に関する制限は、排除されるべきものとされる(二条、五条)。

それゆえ、非嫡出子とその父との関係を二元的に規定する制度は、もはや今後は存置すべきではない。▲原典19

頁▽血統 (Abstammung, ascendance) の統一は、親子関係の統一、扶養義務や相続権をも含めた親族関係により

規定される、親子関係の効力の統一をも要請する。したがって、これら領域では、父方に対する関係においても、もはや相当ではない。

223:53 扶養と教育について

子の扶養と教育は、広汎かつ重要な領域である。右問題の規律にあっては、父母が婚姻しているか否かが重要である。いうまでもなく、ここで重要なのは、「子の」出生時点で婚姻が存在したかどうかではなく、社会的事実としての婚姻が、「子の」幼年時代および青少年時代に存在したかどうかの点である。もしそのような場合には、父母は、婚姻法上の諸原則に従って、共同して子を養育しかつ教育することになる（民一九一—一六一条、二七二条一項、二七四条一項）。これに対して、「もはや」夫婦共同体がまったく存在しない場合には、扶養義務と親権とは、父母別個に規律される必要がある。すなわち、父母の一方が子に対する監護権（*Obhut, garde*）を取得し、他方が扶養料を給付し、「子との」面接交渉権をもつ（民一五六条、二七四条三項、三一九条、三二四条三項、三二五条三項、三二六条）（「という風に」）。父母のいずれも監護権を有しないときは、双方ともに扶養料を給付すべきであり、「そのさいには」双方ともに面接交渉権を有する。したがって、ここでは、子の未成年中における教育共同体としての、婚姻の社会的もしくは実体的機能が重要である。右機能に従うと、子の嫡出または非嫡出という状況が、「その」実体的または社会的意義で区別されることになるのに対し、伝統的概念では、子の出生時点での母の民事身分により、嫡出か非嫡出かが決定される。

非嫡出父母どしが事後に婚姻したときは、子の置かれる社会的状況は、嫡出として出生した子のそれとまったく同様である。したがって法は、夫婦の婚姻成立前に出生した子を、婚姻中に生まれた子と等置している（民二五八条・二六三条）。事後婚姻に基づく準正または嫡出宣告は、実体的意義における嫡出の法的証左である。

ところで、「現実には」右との逆のことも、かなり多くみられる。すなわち、「子の」幼年時代または青少年時代に、父母の夫婦共同体が解消されるということが。「(ここでは)嫡出子として出生した子が、実体的ないし社会的意味での、父母の家庭を失うことにより、「婚外子」となる。「(ここでは)子と父母との関係は、夫婦共同体(の存続するさい)の規則に従うのではなく、婚姻外で出生した子および婚姻外でとどまる子の場合と同様に、子がとどまる父母の一方と、他方とで別個に規律される必要があることになる。それゆえ、扶養義務や親権の規律にあっては、子が父母の婚姻中に出生したか否かに第一義的意味があるのではなく、むしろ、父母の夫婦共同体で子が成育しているか否かが、より重要である。

右のような考え方は、現行法の下では、いまだ一部実現されているにすぎない。《原典20頁》非嫡出父の扶養義務は、主要な点では、たとえば、契約による規制やその修正の、存続期間またはその可能性や効力の点では、離婚した(あとの)夫婦の一方の扶養義務とは異なって規律されているが、そのように扱うべき確たる具体的理由は見い出されていない。同様のことは親権についてもいえる。「すなわち」親権が、嫡出父母には法律に基づいて付与されるのに対し、非嫡出父母には後見官庁による明示的な付与に基づいてのみ帰属せられる、また親権の剝奪は、嫡出父母からは法律上の理由ある場合にかぎられるのに対し、非嫡出父母からは自由裁量により剝奪されうる(との違いがある)。右の違いは、少くともその一部は、つぎのことに基づく。すなわち、扶養義務と親権とが、嫡出子関係と非嫡出子関係とで、それぞれ別個に規律されていることに基づく。これにより、非嫡出子の法的冷遇を継続する論拠とされ、かつそれと同時に、父母の教育共同体という決定的意義への認識が失われる(のである)。それゆえ、伝統的意義での嫡出と非嫡出との区別は、扶養とか教育とかいう、子の生存上最重要な領域では、不必要であるのみならず、適切なる規律をなすには妨げとすらなる。

223・54 総括

右に述べたところから、左の結論に達する。

嫡出出生と非嫡出出生との「区別」は、嫡出推定に関しては、「父との親子関係の発生」のためになお必要である。これに対し、父母の婚姻関係の存否（との事実）は、「親族関係の法的承認」およびそれにより生じる「法律効果」については、別段の意義を有しない。

最後に、「扶養」や「教育」については、「教育共同体」(Erziehungsgemeinschaft, communauté d'éducation)としての父母の婚姻関係の存否が規準となる。

嫡出親子関係と非嫡出親子関係という今日の意味での基本的対立は、右区別の存続を前提としたものではない。現行親子法制度は、種々異なるものを合一し、合一すべきものを分離した扱いをしている。

224 親子関係の統一

それゆえ法案では、嫡出と非嫡出という伝統的な区別は放棄され、それに代えて、親子関係統一の原則が導入されている。この新しい解決方法によると、親子法の個々の領域につき、婚姻の、種々の、事柄に即した役割に従って婚姻の意義を考慮することができ、それと同時に、非嫡出子の法的冷遇を克服する途を開く。このことが、親子法を形式的に「も」全面改正を必要とする理由の一つである。

《原典21頁》草案では、第七節で親子関係の「発生」が、第八節で親子関係の「効力」が規定される。このような根本的かつ確呼たる改革においても、従前親子法は無視されていない。それどころか、Eugen Huber の作品（「たスイス民法」）に対する尊敬の念から、「一九〇七年統一民法典が創造された当時と」同様の、親しみやすくかつ得

来を展望した見地から親子法が改革されるべき旨が要求されたのである。

改正草案の下で、嫡出と非嫡出の区別が放棄され、それにより非嫡出子と嫡出子との原則的平等が提案されるならば、草案は、「現行」スイス民法の有する「基本」精神に矛盾するものではなく、一九〇七年立法者が肯定していたが、その当時にはまだ完全には実現できなかったような目的を実現することになる。

その他に草案は、諸外国における法発展とも歩調を同じくする。スカンディナヴィア諸国（一九五六年ノルウェー、一九六〇年デンマーク、一九六九年スエーデン）、アメリカの若干の州（一九五六年アリゾナ、北ダコタ、一九六三年オレゴン）、南アメリカの諸国⁽⁵⁹⁾、ソ連を除く東欧諸国（一九六五年東ドイツ、一九六四年ポーランド、一九六三年チェコスロヴァキア、一九六八年ブルガリア、一九五七年ハンガリー）、一九六九年イギリス、一九六九年ニュージーランド⁽⁵⁸⁾「などの諸国」は、嫡出と非嫡出という一般の区別を放棄している。西ドイツ（一九六九年）、オーストリア（一九七〇年）およびフランス（一九七〇年および七二年）は、親子法を全面的に改正したが、嫡出親子関係と非嫡出親子関係という二つのカテゴリーをなお維持している。もっとも、右各カテゴリーは、相互に著しい接近がみられ、西ドイツやオーストリアでは、殆ど完全な平等に近いほどまでに、フランスでは、若干の留保があるにすぎないほどにまで接近している。（それゆえ）非嫡出子法の存続することには、それだけ一層批判が強くなる⁽⁶⁰⁾。

非嫡出子と嫡出子との法的平等化は、国際的な努力目的でもある。一九七三年五月一八日附国連の経済・社会会議では、右の法的平等が決議された。決議文書のタイトルは、「婚外出生子に対する差別的扱いの研究、および、平等に関する、およびこれらの者に対する差別禁止に関する一般の原則計画」という。さらに、一九七三年一月一三日に専門委員会は、「法的共同のためのヨーロッパ委員会」において、婚外出生子の法的地位に関するヨーロッパ協定のための草案を提出した。《原典22頁》右草案は、一九六七年の養子法に関するいわゆるストラスブルクの協定と同様に、加盟国に対して、各国の立法を一定の原則的規定（四条―三条）に同化すべき義務を、さらに、その余の

規定（一四条—一七条）を、各国の立法のさいに考慮すべき義務を課するものであった。

225 形式的かつ実質的全面改正

新親子法の立法上の目的は、既述のごとく、嫡出親子関係に関する第七節、非嫡出親子関係に関する第八節の全面的改正にある。右のごとき全面改正をするとすれば、それまでの予備的作業において、緊急の修正を要すると指摘されていた規定に限定して、一部改正を行うという方法は排除されることになる。一部改正では、新しいワインを古い革袋に入れるごとく、また古い布をばら布で繕うごとく、満足な効果は得られない。形式的に「も」全面改正「を行うとの意識」が、必然的に、現行法の包括的実質的検討へと向かわせた。「ゆえに」検討の対象は、これまで明示的に改正提案として議会に呈示された規定にかぎられない。とりわけ、現行法下での経験上とくに不都合とされる問題に及ぶならば、これまで学説および判例により、現行規定の不明確、相互矛盾、欠缺、または不充分さが明らかにされてきている。創造的解釈により、右に述べた欠陥が大いに和らげられるのであるから、全面改正のみが、残こされる唯一の途というわけではないであろう。しかし、その他の理由、すなわち、非嫡出子の嫡出子との原則的平等化という理由から形式的全面改正が必要である旨が明らかにされたならば、立法者は、同時に右趣旨での改正をもなすべき義務があろう。

かような根本的な改革は、ある法領域における、包括的な、可能なかぎり完全な、思想的かつ技術的に統一的な規律としての立法編纂の役割にも相応する⁽⁹⁾。法律の文詞から導き出される規範ではなく、科学的な作業を裁判官による法発見により組立てられた規範が、親子法には多くみられる。この領域を中心とする改正は、民法典の方向づけ、および大衆の性格を強化することにも寄与するところが多いであろう⁽¹⁰⁾。しかも、その結果は、民法典制定当時から要請

された二つの点、すなわち、子の自由なる地位と性的平等⁽⁶³⁾の実現を達成することになり、今日の法律観とも一致することになる。右目的は、全面改正の枠内において、より容易に実現されるだろう。

《原典23頁》 家族法改正委員会は、「必要最低限度の改正を示すことを課題としていたゆえに」部分的実質的修正をなすにとどまっていたが、専門委員会は、先行した養子法の場合と同様に、形式的かつ実質的的全面改正を提案し、連邦参事会 (Bundesrat, Conseil fédéral) もこれを支持する。これは、結論的には、家族法改正委員会の報告に對する「改正意見集」における大勢の認識、すなわち、制限的な部分的修正にとどめておくことは、後日行われるべき、包括的かつ根本的な改正を促がすことにはならず、全面改正をいたすに遅らせることになるという認識とも一致する。比較的最近の外国法も、「たとえば」西ドイツやオーストリアは、まず非嫡出親子関係、ついで嫡出親子関係、またフランスは、まず親権、ついで親子関係というふうに、段階的に改正を実現しているが、いずれも全面改正を志向している。

226 草案の構成

草案は、「新」親子法に新しい視点を盛り込んであるが、従前法の流れをくむ基本思想を承継する部分が多い。「ゆえに」新規定も、現存する基本思想に依りつつ、さらにこれを発展させている。このことは、形式についても、また内容についても、いえることである。

第七節「親子関係の発生」は、つぎの四つの款に分かれる。すなわち、第一款(二五二条—二五四条)には「総則」が規定される。第一款は新設された。これまで散在していた規定を統一的に規定したものである。第二款「夫の父性」(二五五条—二五九条)規定は、これまでの嫡出推定(民二五二条—二五七条)に相応する。第三款「認知および父性

確定判決」(二六〇条—二六三条)規定は、従前第八節の主要部分を踏襲したものである。以上の三款は、一八カ条(二五二条—二六三条。ただし、六カ条の付加条がある。すなわち、二五六条a、二五六条b、二五六条c、二六〇条a、二六〇条b、二六〇条c)で構成される。これにつづいて、一九七二年六月三〇日で改正された養子縁組に関する第四款(民二六四条—二六九条c)が規定される。「親子関係の効力」に関する新第八節も、右と同様に、四つの款から成る。「父母と子との共同体」に関する第一款(二七〇条—二七五条)は、現行の第七節第四款(民二七〇条—二七二条)に相応する。「父母の扶養義務」に関する第二款(二七六条—二九五条)も新設規定である。第三款には、「親権」の款(二九六条—三一七条)が組み入れられた。「子の財産」に関する第四款(三一八条—三七七条)は、これまでは父母の財産権についての款に置かれていた諸規定(民二九〇条—三〇一条)を含んでいる。第八節にも、付加条が一カ条(三一六条a)みられる。

さらに、親子法を新たに構成したことにより、親族扶養や相続権についての規定の改正、および、市民権法や裁判所構成法の適合、「民法の」終節、居留地および居留民の民事法上の関係に関する連邦法の適合も必要となった。

《原典24頁》これらと同時に、戸籍法の根本的改正も必要となる。しかし、ここでは、その詳細には立ち入らない。

227 用語

最後に、用語上の改革にも触れておく必要がある。婚内出生または婚外出生(「との表現」)は、既述のごとく、なお若干の問題において、実質的な意義がある。それらの場合においては、その事実状態の表現を変えることが可能である。もちろん、もはや簡略な言葉で表現することは無理である。とはいえ、そのような欠点があるからといって、従前からの、「嫡出」および「非嫡出」という表現を維持することが正当視されるわけではない。草案は、さような方

法で、少くとも法秩序の枠内で、嫡出と非嫡出という先入観を伴わずにはいられない区別を克服するために、従前からの表現方法を用いない。

3 各論 草案の解説

3 1 親子関係の発生

3 1 1 総則

3 1 1 : 1 親子関係の発生通則

(草案) 二五二条

草案二五二条は、民法三〇二条をモデルとする。それによれば、子と母との非嫡出親子関係は、出生とともに発生する(同条一項)が、子と父との間のそれは、認知または判決により確定される(同条二項)。一項の規定は、とりわけフランス民法典のシステムと区別して規定された。同民法典のもとでは、母に対する親子関係についても、明示的な認知が要求されていた(フ民旧三三四条—三三五条)。しかも、若干和げられているとはいえ、それが今日も要求されている(一九七二年テクスト三三七条)。しかし、母との親子関係が、法律により発生するという原則は、嫡出親子関係についても、同様に妥当する。⁽⁶⁶⁾それゆえ、一般的にもその旨を明示しておくことが相当である(草案二五二条一項)。母性の確定につき争いある場合においては、身分登録の訂正を求める訴(民四五条)によって、いつでも、利害関係人がこれを請求することができ、身分登録を欠いているときは、「確定を求める」独立の訴えによって、これをなすことも可能である。⁽⁶⁷⁾「したがって」それについては、特別な規定は必要としない。

民法三〇二条二項では、非嫡出父性が発生する原因の原則が示めされ、個々の発生原因の詳細がそれについて規

定される(民三〇三条—三〇六条、三〇七条—三二三条)。

《原典25頁》

草案二五二条二項では、父との親子関係の基

本原則につき、認知および判決の前に母の婚姻〔の存する場合〕を規定することにより、〔右現行〕規定を一般化させている。最後に、草案二五二条三項では、その他に、養子縁組が、父および母に対する親子関係の特別の発生原因とされる。右二項・三項で述べた〔親子関係〕発生原因は、〔とくに〕夫の父性推定、認知および父性確定判決、養子縁組に関して、つぎの款で詳述する。

311・2

親子関係の確定および取消

(草案) 二五三条、二五四条)

311・21

管轄

民法は、嫡出宣言の取消についての裁判管轄(民二六二条二項⁶⁸)、および父性確定訴訟についてのそれ(民三二条一項、三二三条)を明記する。ところが、嫡出否認および認知についてのそれには、なんら触れていない⁶⁹。嫡出否認にあつては、カントン内部の関係については各カントン法が、複数カントンにわたる関係については、居住民および居留民の民事法律関係に関する連邦法の八条が適用される。右の管轄規定は、全体の展望に適合せず、不充分であり、さらに多くの点で論争がある⁷⁰。それゆえ、親子関係の確定および取消を目的とするすべての訴えに共通する裁判管轄のための統一的な規則〔の制定〕が必要と考えられていた。草案は、父性確定の訴えについて、大要において既存規則の転用との解決方法をとる。すなわち、その解決方法は、出生時点での住所地および訴え提起時の被告の住所地、のうちいずれかの選択権を原告に認めるものである(民三二条一項)。草案は、訴えは出生時点での、または訴え提起時点での当事者の住所地に提起することもできる(草案) 二五三条)とする点において、右規則を拡大している。

家族法改正研究委員会——婦人団体の提案に従つて——スイス人母とその子のために、〔子の〕出生地での裁判

管轄の導入を提唱した。⁽⁷¹⁾ところが、右の提案は、意見徴集手続における多数意見により拒否された。⁽⁷²⁾草案のこの解決方法は、現行法に対する批判をも考慮したものであるが、⁽⁷³⁾出訴期間の本質的な伸長をも考慮するものである。《原典26頁》複数の原告または被告の種々の住所を認める場合に生じうる二つの裁判管轄の競合から生じる問題は、別段おそれるに足りない。なぜなら、訴権者による訴え提起は、連邦法により独占的な裁判管轄を生ぜしめ、それは、他の訴権者をも拘束するからである。⁽⁷⁴⁾当事者が外国に住所を有するさいの特則を定める民法三一三条は、居住民および居留民に関する連邦法の改正と関連してとり扱われるべきものである。⁽⁷⁵⁾

311.22 手続

離婚手続の場合とは異なり、民法三一〇条二項を例外として、民法上、人事訴訟 (Statusprozess, procédure pour l'action en paternité) に関する特則はみられない。右民法規定によれば、各カントンは、父性確定事件において、通常の訴訟手続の証拠規定により厳格なそれを定めることができないものとされる。右禁止は、今日では当然のことであり、もはやここで繰り返す要をみない。ところが、この領域での連邦私法の実現のために不可欠である他の二つの手続規定を定める必要がある。その一つは、職業主義に関する。これは、すでに判決により、連邦法上の規則として承認されている。⁽⁷⁶⁾草案二五四条一号の下では、裁判官は職権により事実関係を調査し、証拠を自由に評価することができるという形で、右規則がとり入れられている。これにより、当事者の意思表示、宣誓および誓約は、裁判官に對しては、拘束的効力を免れる。⁽⁷⁷⁾この図式化は、連邦民事訴訟の三六条一項と四〇条に依拠するものである。〔もつとも〕草案二六〇条三項によれば、父性確定訴訟における〔父性〕承認は例外である。

草案における第二番目の手続規定は、血統鑑定 (Abstammungsgutachten, expertise sur la filiation) に関する。自然科学の発展により、〔父子関係の〕遺伝科学的・医学的鑑定について、多くの、かつ恒常的に事件が増加する中

で、確実または高度の蓋然性によって証明することを可能とする手段の利用が可能となった。⁽⁷⁸⁾ それゆえ、「自然」科学的「父子」鑑定が、今日のみならず将来の血統訴訟において、最も重要な証明手段となろう。⁽⁷⁹⁾ 《原典27頁》判決によれば、各当事者は、民法八条を根拠として、科学の「発達」状況に応じて、争われる血統「関係」を、充分な

確実性をもって明らかにすることのできる検査の実施を求める権利を有する。⁽⁸⁰⁾

ところが、このような検査をなすには、ときには関係当事者および証人の個人的な協力、事情によっては親族のそれをも必要とする。とくに、血清学的鑑定または血液型鑑定、さらには形態学的鑑定、人類学的または類似性鑑定について、右のことがいえる。前者は血液検査を基礎とし、後者は関係当事者の形態学的な特徴の検査を基礎とする。

関係当事者は、これら検査を自発的に受けるのを通例とする。しかし、これに協力することを拒む者も、少なくない。さすれば、「父子」鑑定は、行きづまるか、または当事者の申立てに強く制限されることになる。「鑑定」協力義務は、連邦裁判所の判決によれば、採血をなすには、当事者の供述義務や証人としての証言義務からは導きえない。むしろここでは、人格的自由への干渉が問題対象であり、カントン立法による明示的な基礎を必要とする。⁽⁸¹⁾ 右の判決は、この検査の実施を求める連邦法上の請求権の承認と矛盾している。それゆえに、カントンの判決につき文献上批判されてきた。⁽⁸²⁾ ところが、連邦裁判所が右判決から脱却するためには、なんらの手掛りも存しない。多くのカントンでは、これまで、そのような検査にさいして協力すべき旨を定める規則を發布してきた。⁽⁸³⁾ とはいえ、すべてのカントンで規則が制定されたわけではない。さらに、これまで制定されてきたカントンの規定は、人的・物的要件、およびサンクシヨンの限定につき、さほど大きな違いはみられない。⁽⁸⁴⁾

当該男性の意思に反して法律上の親子関係を発生させるのは血統ができるだけ確実に確定される場合にのみ、正当と思われる。このためには、科学的鑑定を欠かしえない。科学的鑑定の主要性を考慮すれば、あるときは当事者が、またあるときは第三者が、検査への協力を、一般的にまたは特定の理由で拒否できるとするカントン法（上のパラッ

キ」を認めることは、相当とは思えない。連邦私法の実現は、むしろ強制的に、問題の統一的な規律を要求する⁽⁸⁶⁾。

《原典28頁》そこで草案二五四条二号は、当事者および第三者に対して、つぎの義務を課する。すなわち、血統を明らかにするために必要であり、検査の実施が健康上期待できるような検査に協力すべき義務を。ここでの第三者には、真実の父と思われる男性、直接の関係者が死亡しているとき、または右の人の検査が適切でないときは、血族も含まれる。これらの者に、証言拒否権の先例に従って、協力拒否権能を認める必要はない。なぜなら、ここでは、証言と異なり客観的な間接証拠の提示が問題対象であり、それは、当該者との人的な関係により影響をうけることは、欠けてないからである。不当拒否の効果について特定する規定は必要ではない。裁判官は、「拒否がなされた場合には」拒否を、草案二五四条一号に従って、「自由に」⁽⁸⁶⁾評価する「ことができる」。その他に、訴訟上の不服従罰や刑法二九二条のそれ、および債務法四一条以上による損害賠償義務「など」が考えられる。これに対し、たとえば、ルツツェルン「法」で規定されたような肉体的強制は、認めるべきではない⁽⁸⁷⁾。

脚注

- (1) AS 1972 2819.
- (2) BBl 1971 I 1205.
- (3) Vgl. BBl 1971 I 1204.
- (4) Vgl. BBl 1971 I 1201.
- (5) BBl 1971 I 1203.
- (6) Vgl. Zeitschrift für Schweiz. Recht (ZSR) 1965 II : 1-200 Referat Hegnauer, 543-812 Referat Lalive, 891-948 Diskussion.
- (7) Schweiz. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 217; Grossen, La révision du droit de la filiation illé-

gitime entre la théorie et la pratique; Hegnauer, Revisionsvorschläge zum Ausserehelichenrecht.

(∞) Vgl. Pro Juventute 1972, 238 ff.; Hegnauer, Grundgedanken der Revision des Kindesrechts; Grossen, Elterliche Gewalt und Kindesschutz; Blunschy-Steiner, Praktische Ziele der Revision des Kindesrechts.

(c) Nehrwein, Revision des Rechtes des ausserehelichen Kindes, Schweiz. Juristenzeitung (SJZ) 1957, 177; Spitzer, Vor einer Teilrevision des Familienrechts, Festschrift Amtsvormünder (Zürich 1963) 149; derselbe, Die elterliche Gewalt der ausserehelichen Mütter, Zeitschrift für Vormundschafswesen (ZVW) 1966, 17; Grossen, Observations comparatives  propos de la réforme du droit suisse de la famille, ZVW 1966, 127/1967, 1; Yung, Note sur les droits successoraux des enfants naturels, La Semaine judiciaire (SJ) 1967, 137; Kehl, Die Familienrechtsreform, ZSR 1967 I 147; Hegnauer, Rechtsnorm und naturwissenschaftliche Erkenntnis in ihrer Bedeutung für die Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft, Festgabe für Fritz Schwarz (Bern 1968) 56; derselbe, Soll das Verbot der Standesfolge für ehewidrige Kinder beibehalten werden? SJZ 1968, 161; derselbe, Ehelichkeit und Ausserehelichkeit heute, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1971, 1; derselbe, Vom zweiten Grund des Kindesverhältnisses, ZSR 1971 I 5; derselbe, Grundgedanken des neuen Kindesrechts, Festschrift für Max Guldener (Zürich 1973) 127; Blunschy-Steiner, Die Revision des Kindesrechts im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 1973, 113; Forri, Les lignes directrices de la revision en cours du droit de famille, ZZW 1973, 271; Hausheer, Das Familienrecht des Schweiz. ZGB, ZBJV 1973, 257.

(10) Bericht I, 5 ff., II, 1.

(11) Bericht II, 22 ff.

(12) Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie», vom 10. Oktober 1944, BBl 1944 905 ff.

(13) Statistisches Jahrbuch 1973, 72; 1973年度の数値は、連邦統計局の報告による。

(14) Statistisches Jahrbuch 1973, 66; 1972年度と1973年度の数値は、連邦統計局の報告による。

- (15) 事實婚 (Konkubinat, concubinage) は永続するものは稀であるので、考慮外に置くことである。
- (16) Bericht «Für die Familie» BBl 1944 909 f. 1094; Groth, Kinder ohne Familie (München 1961), 192 ff.; Bowlby, Mütterliche und kindliche Entwicklung (München / Basel 1972), 69 ff.; Landolf, Kind ohne Vater (Bern / Stuttgart 1968); Mitscherlich, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft (München 1963): 「…父親という手本のない幼児の生活は、母との接近を欠くことと同様に、耐えがたくなるのである」(三四八頁)。
- (17) Huber E., Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweiz. ZGB, 2. Ausgabe (Bern 1914) I 237.
- (18) ただし、この婚姻がその程度に安定したものでない、不明である。
- (19) Statistisches Jahrbuch 1973, 56, 75. 一九七三年度の数値は、連邦統計局の報告による。
- (20) Grosse, Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 218.
- (21) Vgl. Huber E., System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, IV 529 ff.
- (22) そのほか、余り重複する各種類の若干の例外が、今日まで存在している。ただし、連邦公務員の雇傭関係については、vgl. BGE 95 I 402.
- (23) Vgl. Huber, Schweizerisches Privatrecht I 484-550, II 111-134, 278 f., 286.
- (24) ただし、一八六三年七月四日附非嫡出子の相続権に関するベルン法二条・七条、一八八九年五月五日附テキストにおける「グザールメ民法三二七条」。
- (25) (Huber) Erläuterungen (2. A. 1914) I 239.
- (26) (Egger A., Kommentar) N. 5 (zu Einleitung ZGB.)
- (27) Bericht der Studienkommission I 4.
- (28) Vgl. dazu Grosse, in Schweiz. Privatrecht II 295.
- (29) Wentzel, Plessl in Klangs Kommentar zu §156 ABGB, 112 N 20.
- (30) Schmidt-Hidding W., Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas (Bielefeld 1967) 22.
- (31) Huder, Schweizerisches Privatrecht I 529 ff., II 111 ff., 529 ff.
- (32) Hegnauer, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 252 ZGB.

- (33) 平等扱いは、すでに若干のカンテン法にも実現されていた。vgl. Huber, Schweizerisches Privatrecht I 533 f.
- (34) Hegnauer N 5 ff. zu Art. 324-327 ZGB.
- (35) Huber, Erläuterungen I 240, 242 f. 一九六三年から七二年にかけての平均では、三・一四人の子が認知されている。認知の時点では、九・三パーセントの子が未出生、最初の一月内が五九・五パーセント、二か月以上一年以内が二一・七パーセント、一年以上経過後が九・八パーセントである (Stat. Jahrbuch 1973, 75)。裁判官による〔父との〕身分関係発生の宣言を受けた例は、ほん少数である。この点についての連邦インマニエルの統計を欠いている。
- (36) StenBull 1905, 765, 767, 771-773, 1197, 1200-1204, 1269-1277.
- (37) Vgl. Egger, Zürcher Kommentar N 5 der Vorbemerkungen vor Art. 252, N 8 zu Art. 302 ZGB.
- (38) Hegnauer, in Festschrift für Fritz Schwarz, 56.
- (39) 民法三〇九条一項「父性確定訴訟は、父からの金銭給付を目的とする…」。
- (40) BGE 40 II 302.
- (41) Weber, Zur personalen Rolle des Vaters im Leben des unehelichen Kindes, in Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1961, 195.
- (42) Vgl. Hegnauer N 14 ff. zu Art. 324-327 ZGB.
- (43) Hegnauer ZSR 1965 II 21 und dort in N 24 und 25 Zitierte.
- (44) Vgl. im einzelnen Hegnauer SJZ 1968, 161 ff.
- (45) Vgl. dazu auch BGE 96 I 425.
- (46) Vgl. Grosse, Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 219.
- (47) Bericht I 44.
- (48) 本稿に費した例は、vgl. BGE 70 I 216; ZYV 1951, 36 Nr. 15, 1963, 63 Nr. 13; 近親相姦士の例については、vgl. Baumann SJZ 1967, 324.
- (49) Lalive ZSR 1965 II 608.
- (50) Vgl. Lalive ZSR 1965 II 608 N 159; Les Cahiers du Droit, n° 31, 1954, 119 et 102.
- (51) Huber, Erläuterungen I 264.

- (82) Prot. Expkom. I 298 f.
- (83) Artus A., La reconnaissance des enfants illégitimes en droit suisse et turc (Diss. Lausanne 1940), 51 ff.; Aubert J. F., Les actions de la filiation en droit civil suisse (Diss. Neuenburg 1955), 77 ff.; Baumann SJZ 1967, 324; Bridel M., La règle «Pater is est...» en droit suisse (Diss. Lausanne 1927), 99; Decoppet G., L'enfant naturel et son père (Diss. Lausanne 1917), 28; Egger, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 304 ZGB; Hegnauer N 28 zu Art. 304 ZGB; Heim G., La condition de l'enfant naturel dans le Code civil suisse (Diss. Montpellier 1924), 122 ff.; Holleaux G., De la filiation en droit allemand, suisse et français (Paris 1966), 160; Lalive ZSR 1965 II 619, 946; derselbe ZZW 1966, 246; Larse W., Wesen und Bedeutung der Realien, Wege zu ihrer Erkenntnis (Diss. Zürich 1968), 67 ff.; Liver, Berner Kommentar, Einleitungsband, Einleitung N 102; Peyer O., Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im Schweiz. Privatrecht (Diss. Zürich 1907), 135; Robert L., De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil suisse et le Code civil allemand (Diss. Genf 1912), 179; Rossel et Mentha, Manuel I, Nr. 667; Silbernagel, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 304 ZGB; Zimmermann O., Die Anerkennung des ausserheiligen Kindes und deren Anrechnung durch den Anerkennenden (Diss. Bern 1930), 72.
- (84) Vgl. Schmidt-Hidding W., Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas (Bielefeld 1967), 44 ff.
- (85) Jayme, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1973, 20.
- (86) Vgl. hinten Ziffer 224. [Winzeler, H., Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder. Diss. iur. Zürich.]
- (87) Hegnauer N 7 zu Art. 319, N 9 ff. zu Art. 320 ZGB.
- (88) 匪婚之' Entwurf einer Uniform Act on Legitimacy, vgl. siehe FamRZ 1972, 54; vgl. auch Krause, Kommende Entwicklungen im amerikanischen Unehelichenrecht, FamRZ 1969, 304.
- (89) Vgl. Krause, Bastards Abroad Foreign Approaches to Illegitimacy, American Journal of Comparative Law Vol. 15, 728.

- (68) Vgl. Bechtold, in Recht in Ost und West (Berlin 1971) 72; Kralik, Juristische Blätter (Wien 1971) 273; Neuhaus FamRZ 1972, 279.
- (69) Vgl. Liver, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 2 der Einleitung (ZGB).
- (70) Vgl. dazu Liver, a.a.O., N 138.
- (71) Huber, Erläuterungen I 101.
- (72) Bericht I 5/6, II 1.
- (73) Vgl. auch Hausheer ZBJV 1973, 281.
- (74) BGE 41 II 425, 50 II 103.
- (75) Vgl. BGE 86 II 437, 41 II 425, 50 II 103; Aubert, Les actions, 40 ff.; Hegnauer N 12, 24 zu Art. 252, N 24 zu Art. 302 ZGB.
- (76) Vgl. dazu BGE 95 II 391.
- (77) Vgl. hiezu immerhin Art. 108 Zivilstandsverordnung (ZStV); Hegnauer N 15 zu Art. 306 ZGB.
- (78) Vgl. Aubert, Les actions, 179 ff.; Hegnauer ZSR 1965 II 44 f., N 28 zu Art. 253 ZGB und dort Zitierte.
- (79) Bericht I 49 ff.; ebenso Lalive ZSR 1965 II 747 f., 946 f.
- (80) Ebenso Spitzer, Vor einer Teilrevision des Familienrechts, 163; Nehrwein SJZ 1957, 180; Hegnauer ZSR 1965 II, 110 ff.; Frank ZSR 1965 II 933 f.
- (81) Vgl. z.B. ZVW 1972, 147 Nr. 32: 母の住所を父の住所と見做すことは、法律上の住所を定めることではない。母が三十一歳一歳とあるが、スイスの裁判所は存在しない。母が三十一歳とあるが、スイスの裁判所は存在しない。
- (82) BGE 50 I 394 f.; Guldener ZSR 1961 II 30 f.; Hegnauer N 25 zu Art. 312/313 ZGB.
- (83) Vgl. unten Ziff. 35.
- (84) BGE 85 II 174 f., 95 II 285; Guldener, Des schweizerische Zivilprozessrecht (2. Aufl. 1958), 147; Walder H. U., Die Oficialmaxime (Zürich 1973), 11 ff.; Hegnauer N 32 zu Art. 253, N 14 zu Art. 323 ZGB.
- (85) Vgl. Hegnauer N 31 zu Art. 310 ZGB.

- (78) Vgl. Hegnauer N 99-217 zu Art. 314/315, N 28-75 zu Art. 254 ZGB.
- (79) Vgl. Hegnauer, Rechtsnorm und naturwissenschaftliche Erkenntnis in ihrer Bedeutung für die Feststellung der ausserrechtlichen Vaterschaft, in Festgabe für Fritz Schwarz (Bern 1968) 56 ff.
- (80) BGE 90 II 222, 91 II 162.
- (81) BGE 82 I 234, 82 II 510, 86 II 312, 89 I 98, 90 I 110, 99 II 412.
- (82) Vgl. Grossen ZSR 1960 II 66a f.; Guldener ZPR 357 und ZSR 1961 II 48 N 112; Hegnauer ZSR 1965 II 117 und dort N 28 Zitierte, N 168 ff. zu Art. 314/315 ZGB; Huber ZBJV 1964, 403; Kummer, Berner Kommentar, Einleitung, N 83 zu Art. 8 ZGB; Lalive ZSR 1965 II 702 ff.; Merz ZBJV 1961, 369; Strebel SJZ 1959, 65; Voyame ZSR 1961 II 160 f.
- (83) ベルン民事訴訟法二六四条 bis' ルツェルン法一八五条 bis' 一八五条 ter' オプヴァルデン法一七六条 bis' ニドヴァルデン法一八五条 bis' ツーク法一八一条 bis' ソロツェルン法二三五条 bis' 都市バーゼル法一五五条 a' パーゼラント法一四九条 a' シェウハウゼン法二八三—二八六条 bis' アペンツェル内ロート法一九九条 a' サンガレン法二五二条 bis' ヴート法二二二—二二三条 bis' ヴァリス法二二五〇条 bis' ノイエンブルク法二二四一条 bis'.
- (84) Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 119 N 37, SJZ 1971, 345 Nr. 160.
- (85) 難民の地位に関する法律 vgl. Eichenberger ZSR 1969 II 490, 512 und dort Zitierte.
- (86) Vgl. dazu Art. 40 des Bundeszivilprozesses; vgl. auch ZYV 1972, 142 Nr. 29.
- (87) Vgl. Grossen ZSR 1960 66a/67a; derselbe in Schweiz. Privatrecht II 362; Hegnauer ZSR 1965 II 119 N 37.

1	梗概	1 頁
2	総論	2 頁
2 1	前史	2 頁
2 1 1	専門委員会の作業	2 頁
2 1 2	家族法研究委員会の提案	3 頁
2 2	親子法の改正	5 頁
2 2 1	子がおかれている社会的状況	5 頁
2 2 2	親子法の課題	7 頁
2 2 3	親子法における嫡出、非嫡出の意義	9 頁
2 2 3 : 1	伝統理論により区別する意義	9 頁
2 2 3 : 2	民法典における非嫡出子の法的地位	11 頁
2 2 3 : 3	親子法改正の必要性	12 頁
2 2 3 : 4	部分的改正で足りるか	13 頁
2 2 3 : 5	嫡出と非嫡出との区別を設けることは是認されるか	13 頁
2 2 3 : 5 1	父に対する親子関係の確定について	13 頁
2 2 3 : 5 2	親子関係の効力について	14 頁
2 2 3 : 5 2 1	母との関係について	14 頁
2 2 3 : 5 2 2	父との関係について	14 頁
2 2 3 : 5 3	扶養と教育について	19 頁

2 2 3 5 4	総括	20 頁
2 2 4	親子関係の統一	20 頁
2 2 5	形式的かつ実質的的全面改正	22 頁
2 2 6	草案の構成	23 頁
2 2 7	用語	24 頁
3	各論…草案の解説	24 頁
3 1	親子関係の発生	24 頁
3 1 1	総則	24 頁
3 1 1 1	親子関係の発生通則（草案）二五二条	24 頁
3 1 1 2	親子関係の確定と否定（二五三条・二五四条）	24 頁
3 1 1 2 1	管轄	25 頁
3 1 1 2 2	手続	26 頁
〔以下、邦訳省略部分〕		
4	憲法との適合性	112 頁
5	改正提案の登録	113 頁
6	提案	113 頁
草案テキスト		114 頁

△原典114頁▽ 草案テキスト

第七節

親子関係の発生

第一款 総則

第二五二条 (A 親子関係発生の通則)

- ① 子と母との親子関係は、「子の」出生により発生する。
- ② 子と父との親子関係は、父母の婚姻により創設されるか、または、認知もしくは裁判官により、確定される。
- ③ その他、親子関係は、養子縁組によっても発生する。

Art. 252 (A. Die Entstehung des Kindesverhältnisses im allgemeinen)

- ① Das Kindesverhältnis entsteht zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt.
- ② Zwischen dem Kind und dem Vater wird es kraft der Erbe der Mutter begründet oder durch Anerkennung oder durch den Richter festgestellt.
- ③ Ausserdem entsteht das Kindesverhältnis durch Adoption.

第二五三条 (B 親子関係の確定および否定 I 管轄)

親子関係の確定または否定の訴えは、子の出生時の当事者の住所地の裁判官、または、訴え提起時の住所地の裁判官に対し、これを提起しなければならない。

Art. 253 (B. Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses I. Zuständigkeit)

Die Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses ist beim Richter am Wohnsitz einer Partei zur Zeit der Geburt oder der Klage anzuhängen.

第二五四条 (II 手続)

親子関係の確定または否定の手続は、左の規定を留保して、カントンの訴訟法による。

一 裁判官は、職権により事実関係を審理し、自由な確認に従って証拠を評価する。

二 当事者および第三者は「子の」血統を明らかにするために必要であり、かつ健康への影響を考慮しても、協力することが合理的と思われる「親子」鑑定に協力しなければならない。

Art. 254 (II. Verfahren)

Das Verfahren bei Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses wird durch das kantonale Prozessrecht geordnet unter Vorbehalt folgender Vorschriften:

1. Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Uebersetzung.

2. Parteien und Dritte haben an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und nach ihrer Auswirkung auf die Gesundheit zumutbar sind.

〔筆者補注。わが法の下での「条文の見出し」に相応する「欄外テキスト」は、わが法と異なり、正式テキストの一部である。原典では、文字どおり欄外に印刷されている。印刷の都合上、右のごとく示した旨をお断りしておく。さらに、アンダーラインは、改正現行法と異なる部分にこれを付した。〕

〔一九八四年四月三日脱稿〕

〔付記、本稿執筆にさいし、南山大学昭和五八年度パツへ研究奨励金の助成をうけた旨を付記する。〕